

## CAPÍTULO CUARTO

### INTERVENCIÓN DEL JUEZ

I. Actividad judicial . . . . .	79
II. Principios que sustentan la actuación judicial . . . . .	80
1. Ejercicio de jurisdicción . . . . .	80
2. Intervención de oficio . . . . .	80
3. Discrecionalidad . . . . .	81
4. Responsabilidad judicial . . . . .	83
III. Intervención en las funciones tutelares . . . . .	84
1. Constitución de la tutela . . . . .	84
A. Medidas precautorias anteriores a la constitución de la tutela . . . . .	84
B. Nombramiento del tutor . . . . .	85
C. Nombramiento del curador . . . . .	87
D. Criterios que el juez debe tomar en cuenta para el nombramiento del tutor o del curador . . . . .	88
E. Vigilancia de las garantías . . . . .	90
2. Control en el desempeño de la tutela . . . . .	92
A. Registro de los discernimientos . . . . .	92
B. La guarda de la persona del menor . . . . .	93
3. Control sobre la administración de bienes . . . . .	96
A. Formación del inventario . . . . .	96
B. Administración . . . . .	96
C. Licencias y autorizaciones . . . . .	98
D. Fijar la retribución del tutor . . . . .	100
4. Sustitución del tutor . . . . .	102
5. Aprobación de las cuentas . . . . .	103
A. Cuentas anuales . . . . .	104
B. Cuentas generales . . . . .	104
C. Cuentas extraordinarias . . . . .	105
6. Solicitud de remoción del tutor y curador . . . . .	106

## CAPÍTULO CUARTO

### INTERVENCIÓN DEL JUEZ

#### I. ACTIVIDAD JUDICIAL

Las normas que rigen la tutela otorgan a la autoridad judicial los poderes necesarios para constituir y controlar la tutela en los casos y con las formalidades legalmente previstas; por ello, la presencia de esa autoridad puede calificarse de constante y decisiva.

Los jueces de lo familiar son los competentes para intervenir en los asuntos relativos a la tutela y ejercen una sobrevigilancia en el conjunto de actos del tutor para impedir la transgresión de los deberes inherentes al cargo.

El marco jurídico que delimita las actuaciones del juez en la tutela está integrado por diversos cuerpos jurídicos: el Código Civil para el Distrito Federal, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el Código Penal, los Códigos de Procedimientos Penales, tanto federal como para el Distrito Federal, y Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fúero Común en el Distrito Federal.

El juez actuará siempre dentro del marco legal, pues el incumplimiento de sus deberes haría recaer en él responsabilidades. El control sobre sus actos lo lleva a cabo el juez de superior instancia. Además del acatamiento estricto a la legalidad, la actuación judicial se sujeta a ciertos principios.

## II. PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN LA ACTUACIÓN JUDICIAL

### 1. *Ejercicio de jurisdicción*

Para que la protección de los menores asumida por el poder público sea efectiva, requiere de un imperio, energía o fuerza ética y física. La supremacía o superioridad del órgano jurisdiccional frente a los particulares motiva de manera eficaz y definitiva el cumplimiento de las decisiones judiciales.<sup>125</sup>

En ejercicio de la función jurisdiccional, el juez posee todas las facultades de dirección y decisión, afirma Prieto Castro.<sup>126</sup> Este imperio, energía y superioridad garantizan que las decisiones judiciales sean cumplidas, pues el Estado cuenta con medios para exigir la eficacia de las mismas. La protección de los intereses de los menores justifica la intervención de un juez dotado de jurisdicción, con lo cual garantiza el cumplimiento de las decisiones tomadas.

El juez interviene en los asuntos relacionados con la tutela de menores a través de jurisdicción voluntaria, cuando la constitución y control de la tutela no presenten controversia. En cambio, en caso de presentarse conflictos de intereses, se resolverán en jurisdicción contenciosa. La Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fondo Común en el Distrito Federal establece, en el artículo 58: “Los jueces de lo familiar conocen: I. De los negocios de jurisdicción voluntaria relacionados con el Derecho de Familia; II. De los juicios de tutelas, y III. De las cuestiones relativas a los asuntos que afecten en sus derechos a los menores e incapacitados”.

### 2. *Intervención de oficio*

Prieto Castro<sup>127</sup> señala que: “...el juez puede actuar de oficio como excepción, ya que en general se estima que la iniciativa judicial puede hacer peligrar la esencia de derechos subjetivos de los

<sup>125</sup> Di Yoro, “El concepto de jurisdicción”, *Temas de Derecho procesal*, Buenos Aires, 1985, pp. 3-38, p. 16.

<sup>126</sup> Prieto Castro, *Tratado de Derecho procesal civil*, Pamplona, 1985, t. I, p. 522.

<sup>127</sup> *Idem*.

ciudadanos que no deseen hacerlos valer". Sin embargo, esta excepción se justifica en los casos de los institutos tutelares, y el juez está facultado para intervenir de oficio, tanto en la constitución de la tutela como en la remoción del tutor. Lete del Río<sup>128</sup> expresa: "La actuación de oficio es algo extraño al proceso civil en el que rige el principio de dispositivo; esta intervención —en los asuntos tutelares— se encuentra justificada por la existencia y reconocimiento de un triple interés: individual, familiar y social".

### 3. *Discrecionalidad*

La discrecionalidad judicial se justifica por la imposibilidad de que el legislador prevea todos los casos que la realidad pueda proporcionar. Las circunstancias concretas de cada situación son las que determinan la oportunidad y conveniencia de las resoluciones judiciales. Mendizábal Oses expresa: "Las decisiones, además de los elementos racionales, deberán ir acompañadas por elementos intuitivos; elementos intuitivos que están referidos en directa relación con las conclusiones morales y sociales que concurren en el menor".<sup>129</sup>

Como ha señalado Castán Tobeñas:

...hay en nuestro sistema jurídico una formulación ordinaria y propiamente creadora del Derecho positivo que corresponde al legislador, y una elaboración que podríamos llamar reconstructora del derecho, la cual, operando con el Derecho positivo, corresponde a los jueces. Al juez incumbe la individualización del derecho, integrando soluciones nuevas dentro de ciertos límites legales<sup>130</sup>.

No debe confundirse la discrecionalidad judicial con una libertad absoluta en la toma de decisiones, la cual podría llevar a su arbitrariedad. El juez no está facultado para elegir a su arbitrio la solución sino para

<sup>128</sup> Lete del Río, *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Albadalejo, Madrid, 1985, p. 293.

<sup>129</sup> Mendizábal Oses, *op. cit.*, p. 81.

<sup>130</sup> Castán Tobeñas, *La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad*, Madrid, 1953, pp. 266-267.

concretar la norma, mandando lo que la ley quiere. El juez debe encontrar soluciones que se ajusten a la norma sin excederse.

La discrecionalidad está basada en ciertos datos contenidos en la norma, de los cuales el juez debe partir hasta los límites jurídicamente posibles. ‘La misión del juez no puede desvirtuar el contenido de los preceptos jurídicos que, como el nuestro, descansan sobre la existencia de unas normas generales de Derecho positivo’, expresa Castán Tobeñas.<sup>131</sup>

Para Reverte,<sup>132</sup> la remisión a la discrecionalidad supone que el juez ha de proceder dentro de los márgenes que la propia norma determine; cuando la norma no señale límite legal, la actuación judicial deberá acomodarse al fin de la norma que actuará como límite genérico; de lo contrario, la discrecionalidad se convertiría en arbitrariedad. Cuando la norma no señale sus fines, el juez deberá indagarlos, deducirlos de la *ratio* del precepto. Es preciso que el juez indague cuál es el fin perseguido por la norma, pues su actuación está delimitada por aquél.<sup>133</sup> Además, el juzgador debe estar consciente de que la resolución que emita no se refiere a una disposición aislada, sino que el caso y la ley que lo rige participan de una circunstancia común muy importante, ambos están insertos dentro de un orden jurídico concreto.<sup>134</sup>

La discrecionalidad otorgada al juez en materia de tutela no es absoluta; el margen otorgado al juez le sirve para reconocer y apreciar la presencia de un interés concreto del menor. Este interés debe ser suficiente para justificar la intervención judicial, y ese mismo interés es el que marca el límite, la oportunidad y la conveniencia de la actuación del juez. El principio ‘interés del menor’, se encuentra omnipresente en toda la regulación sobre la tutela, expresa Díez-Picazo.<sup>135</sup>

Sin embargo, concretar cuál es ‘lo más beneficioso para el menor, no es tarea sencilla’. Este es un concepto con un ‘halo de indeter-

131 Castán Tobeñas, *La formulación judicial.... op. cit.*, pp. 26-27.

132 Reverte Navarro, *Intervención judicial en las situaciones familiares*, Murcia, 1980, p. 11.

133 *Ibidem*, p. 17.

134 Montejano Barandino, *Filosofía de la función judicial*, Buenos Aires, 1981, pp. 17 y ss.

135 Díez-Picazo, ‘El principio de protección integral de los hijos *tout pour l’enfant*’, *La tutela de los derechos del menor*, Córdoba, 1984, pp. 127-131.

minación”, al decir de Díez-Picazo.<sup>136</sup> Las circunstancias o actos que puedan resultar beneficiosos para un menor, pueden no serlo para otro, y aun para el mismo menor, el mayor o menor beneficio dependerá de su edad, educación, medios económicos, etcétera.

Por tanto, Díez-Picazo opina que, teniendo en cuenta que los jueces desempeñan una actividad, reflejo de la comunidad en la cual el menor se desarrolla, habrán de considerar las convicciones generalizadas en la sociedad o grupo humano de lo que haya de valorarse como más beneficioso.

Una pauta a seguir es considerar que el beneficio consiste en disfrutar de una posición similar o parecida a la de los que se encuentran en circunstancias similares, lo que además tiene su fundamento último en la idea de igualdad.

La discrecionalidad judicial está limitada por el marco establecido en el propio ordenamiento jurídico, y si éste es sobrepasado, corresponde a los tribunales, en resolución de los recursos, intervenir como medio de control de la legalidad de las actuaciones judiciales.<sup>137</sup> Díez-Picazo,<sup>138</sup> considera, además, que el acto por el cual el juez desvía su función de procurar el mayor beneficio del menor, puede considerarse como nulo o ser objeto de revisión o rectificación.

#### 4. Responsabilidad judicial

Así como la ley otorga amplias facultades al juez, correlativamente le atribuye responsabilidades. El juez y los tribunales tienen los deberes y las facultades que la ley les otorga, y el incumplimiento de ellos hace recaer responsabilidades.

Todos los supuestos de responsabilidad derivados del incumplimiento de deberes tiene por finalidad garantizar el principio de legalidad contra toda actuación arbitraria.

<sup>136</sup> *Idem*.

<sup>137</sup> Reverte Navarro, *op. cit.*, p. 21.

<sup>138</sup> Díez-Picazo, *El principio..., op. cit.*

### III. INTERVENCIÓN EN LAS FUNCIONES TUTELARES

El ejercicio de la tutela es una función. Con ello, se significa que la ley concede a un individuo poderes y derechos para cumplir con sus deberes. La tutela tiene una finalidad tuitiva y protectora para hacer efectivo el interés, no del que la ejerce, sino del sujeto sometido a ella; por tanto, la ley establece un conjunto de derechos y deberes atribuidos a los órganos tutelares.

De éstos, los que corresponden al juez son de índole variada. O'Callaghan<sup>139</sup> distingue entre la función directa, que ejerce el juez durante la constitución de la tutela y el nombramiento del tutor; y la indirecta, durante el ejercicio del cargo, que además tiene una función decisiva con respecto a la rendición de cuentas.

Gómez Olivero<sup>140</sup> extiende las competencias del juez, pues considera que éste se desenvuelve, aun con anterioridad a la constitución de la tutela, adoptando medidas previas.

Con el fin de sistematizar los deberes y facultades atribuidos al juez, distingo tres especies en el género, unas facultades y deberes que inciden en la constitución de la tutela incluyendo las medidas precautorias; otras en el control sobre las gestiones tutelares, y las últimas, sustituyendo al tutor en los supuestos señalados en la Ley.

#### 1. Constitución de la tutela

##### A. *Medidas precautorias anteriores a la constitución de la tutela*

Desde el momento en que el juez tiene conocimiento de que un menor debe ser sometido a tutela, adoptará ciertas medidas que tienen por objeto la protección del menor, en tanto se le nombra tutor (a. 468, c.c.).

<sup>139</sup> O'Callaghan, "La llamada tutela de autoridad y la función del juez", *Curso de perfeccionamiento sobre incapacitación y tutela*, Madrid, 1985, Escuela de Estudios Judiciales, pp. 89-107.

<sup>140</sup> Gómez Olivero, "Comentarios a la Ley 13/1983 de 24 de octubre", *Revista civil de Derecho Inmobiliario*, núm. 562, mayo-junio, 1984, pp. 625 y ss.

La simple noticia de los hechos legitima la actuación judicial para iniciar la constitución de la tutela en forma oficiosa. En primer término, el juez debe declarar el estado de minoridad a que se refieren los artículos 902 y 903 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F. Despues, provisionalmente, el Juez de lo Familiar del domicilio del menor cuidará de su persona y bienes, y dictará las medidas necesarias para que éste no sufra perjuicio en su persona o en sus intereses por la carencia de un tutor que vele por él (a. 634, c.c.).

### *B. Nombramiento de tutor*

Adoptadas las medidas precautorias, el juez procede al nombramiento del tutor. La intervención del juez es diferente en cada caso, atendiendo a las distintas formas de designación de tutor reconocidas por el Código Civil: la testamentaria, la legítima y la dativa.

#### *a. Tutela testamentaria*

En la testamentaria, el juez atiende a las disposiciones expresadas por el autor del testamento. El ascendiente que sobreviva de los dos, que en cada grado deben ejercer la patria potestad, tiene derecho de nombrar tutor a aquéllos sobre quienes ejerza ese poder. Sin embargo, el artículo 908 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F. establece que si el tutor nombrado —no se aclara quién lo nombró, pero debe entenderse que se trata de un tutor testamentario porque es la única posibilidad de que un particular nombre al tutor— no reúne los requisitos para ser tutor o curador, el juez puede denegar el discernimiento del cargo y proveer el nombramiento en la forma y términos prevenidos por el Código Civil.

La expresión de la voluntad de los que ejercen la patria potestad se plasma en el testamento. El autor del mismo puede nombrar tutor, curador y establecer cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de los menores. Estas disposiciones vinculan al juez al constituir la tutela, pero esta vinculación no es absoluta, sino que

está condicionada a la decisión judicial. Se faculta al juez para analizar y determinar si él o los nombrados reúnen los requisitos de ley. Si el nombrado por testamento no cubriera los requisitos, correspondería al mismo juez nombrar un tutor legítimo o dativo, según el caso. Si esto ocurriera, el nombramiento tendría como nota característica la subsidiariedad, ya que sólo procedería en defecto de la persona nombrada como tutor, o que las mencionadas en el testamento no fueran consideradas idóneas.

*b. Tutela legítima*

Cuando no haya tutor testamentario o cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio, porque ambos progenitores hayan perdido la patria potestad, corresponde al juez nombrar un tutor legítimo. El orden de prelación que debe seguirse es el señalado en el artículo 483 del Código Civil. En primer término, hermanos, y en su falta, a los demás colaterales, hasta el 4º grado inclusive. Si hubiere varios parientes del mismo grado, corresponde al juez elegir entre ellos al que parezca más apto para el cargo; en todo caso, si el menor ha cumplido 16 años, él mismo hará la elección.

En los casos de menores abandonados y de los acogidos por alguna persona o depositados en establecimientos de beneficencia, no es necesario el nombramiento judicial, sino que, *ipso jure*, actúan como tutores las personas que hayan acogido al menor y los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia.

*c. Tutela dativa*

Si no hay tutor testamentario, ni persona que conforme a la ley le corresponda la tutela legítima, se constituye la llamada dativa.

La ley faculta al menor, si ha cumplido 16 años, a designar su tutor, pero tal designación debe ser confirmada por el Juez de lo Familiar. Si el juez la reprueba, el menor podrá formular nuevas designaciones, sobre las cuales oye el parecer del Consejo Local de Tutelas. Si no aprueba en absoluto las designaciones formuladas,

tiene la facultad para nombrar directamente al tutor. Para ello, elegirá entre las personas consignadas en la lista formada por el Consejo Local de Tutelas.

A los menores de edad no sujetos a la patria potestad ni a tutela testamentaria o legítima, que no tengan bienes, también se les nombra un tutor dativo. La tutela, en este caso, tiene por objeto el cuidado de la persona del menor. Pueden solicitar el nombramiento del tutor, el Consejo Local de Tutelas, el Ministerio Público, o el menor, pero también el juez tiene facultades para nombrarlo oficialmente.

#### *d. Tutores especiales*

Además del nombramiento de tutor general, el juez puede designar tutores especiales: como en el caso de que los intereses del menor fuesen opuestos a los del tutor en algún asunto concreto (a. 457, c.c.), o cuando haya menores que han sido abandonados en los supuestos determinados por el artículo 337 del Código Penal para el Distrito Federal. También se nombra tutor interino cuando falte temporalmente el testamentario (a. 480, c.c. y a. 796, c.p.c.), o mientras se califica el impedimento o la excusa interpuesta por un posible tutor (a. 515, c.c.).

#### *C. Nombramiento del curador*

Todos los individuos sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además de un tutor deben tener un curador, excepto cuando se trate de expósitos o de menores carentes de bienes. En todos los casos, corresponde al juez intervenir en el nombramiento del curador.

Si existe designación expresada en un testamento, el juez respeta la voluntad del testador, siempre que con ello no se cause un perjuicio al menor. En ausencia de un curador testamentario, corresponde al juez nombrar uno que será dativo. El menor hará la designación si ha cumplido 16 años, pero necesariamente el juez debe

confirmarla, a menos que tenga justa causa para reprobárla. Para reprobar ulteriores designaciones, oirá el parecer del Consejo Local de Tutelas, y en caso de no ser aprobado ninguno de los candidatos propuestos, el juez nombrará al curador (a. 496, c.c.). Si no ha cumplido el menor 16 años, el nombramiento será judicial de entre las personas que figuren en las listas del Consejo Local de Tutelas.

Al menor emancipado corresponde el nombramiento de curador para poder realizar negocios judiciales (a. 643, c.c.). En cambio, corresponde al juez nombrar curador interino, en los casos de separación o excusa del propietario (a. 621, c.c.); cuando se nombre al menor un tutor interino (a. 619, c.c.), o en casos de oposición de intereses a que se refiere el artículo 457 (a. 620, c.c.).

#### *D. Criterios que el juez debe tomar en cuenta para el nombramiento del tutor o del curador*

La elección del tutor o del curador, en todo caso, está encuadrada en el marco legal. Tratándose de tutela testamentaria, la designación corresponde al autor del testamento que se encuentre en los casos previstos por la norma; el juez sólo interviene para cerciorarse de que el tutor designado cumple con los requisitos legales. En el caso de la legítima, el juez respeta el orden establecido en la ley, y sólo le corresponde elegir al más apto cuando haya varios parientes en el mismo grado. Si el menor fue quien propuso tutor o curador, el juez confirmará o desechará la propuesta atendiendo al interés del menor. Si el menor no propuso o si su candidato fue rechazado, corresponde totalmente al juez el nombramiento.

La elección del tutor es de tal trascendencia que el juez deberá ser muy cauteloso; habrá de elegir a la persona más idónea. El concepto de idoneidad implica la apreciación de las mejores condiciones y aptitudes para el desempeño del cargo. El elegido debe ser capaz, esto significa que no sea inhábil ni presente excusas, aun cuando éstas sean justificadas. Habrán de tomarse en cuenta las circunstancias personales y patrimoniales de cada uno de los posibles candidatos, además de su vinculación con el menor. El juez

procederá a una valoración personal, tomando en cuenta las exigencias del menor y las cualidades del sujeto elegido como tutor para determinar si existe una posible adecuación entre uno y otro.

El artículo 511 del Código Civil, en su fracción VIII, expresa que pueden excusarse de ser tutores, “los que por inexperiencia en los negocios o por causa grave a juicio del juez no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela”, y el artículo 503, que se refiere a quienes son inhábiles para el desempeño de la tutela, quedando a juicio del juez determinar la inhabilidad de los deudores del incapacitado (a. 503, f. VIII, c.c.).

Cuando se presenten las causas de inhabilidad indicadas en el artículo 503 del Código Civil, la libre apreciación judicial se reduce al marco legal, lo mismo que en los casos en los cuales el candidato se excuse justificadamente. Tanto en los casos de inhabilidad como en los de excusa, el juez, antes de resolver, debe partir de hechos concretos y probados. Comprobados los supuestos, el juez hará la declaración correspondiente.

Para efectuar la valoración de las características de los posibles candidatos, el juez no debe desaprovechar ningún medio que esté a su alcance para formar su criterio: audiencia con los parientes más próximos, y aun con las personas que considere oportuno y, en todo caso, con el menor, si éste tuviere suficiente juicio.

Cuando se aleguen excusas, éstas no serán tenidas en cuenta por sí solas, sino que, para apreciarlas o rechazarlas, el juez habrá de situarlas dentro del contexto personal económico y social de la persona a quien afecta el desempeño del cargo de tutor.

Gil Rodríguez<sup>141</sup> expresa que en el régimen de excusas, el juez debe valorar no sólo el interés inmediato del tutor, sino más bien, el beneficio del tutelado. Al valorar y aceptar una excusa, debe elegir a favor del interés del menor en supremacía de otros intereses. Esta elección se justifica por la mayor necesidad de protección y guarda de los menores.

<sup>141</sup> Rodríguez, Gil, “Comentarios al artículo 251”, *Comentarios a la Reforma de nacionaldad y tutela*, Madrid, 1986, p. 401.

Si las excusas redundan en un posible mal desempeño del cargo, deben aceptarse. En todo caso, el juez atenderá a la conveniencia de no forzar a quien se excusó, que si bien lo hizo por una causa justificada, no demuestra un excesivo interés en el ejercicio de la tutela.

En todo caso, sin duda, la óptima elección del tutor es la clave para el funcionamiento de la tutela, y el medio adecuado para evitar, en lo posible, una impugnación al nombramiento o un mal desempeño del cargo.

#### *E. Vigilancia de las garantías*

Demostrado el estado de minoridad y comprobado que el tutor testamentario cumple con los requisitos de ley o se ha nombrado uno legítimo o dativo, procede la deferición del cargo. Por este acto de jurisdicción, se confirma el nombramiento del tutor al comprobarse la inexistencia de causa legal alguna que impida el inicio de la gestión.

Deferida la tutela, el tutor otorgará caución para que proceda el discernimiento del cargo. Todo tutor, cualquiera que sea su clase, al aceptar el nombramiento, debe prestar las garantías determinadas por la ley. El Código Civil exige al tutor la constitución de garantías con el propósito de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, referidas tanto al patrimonio como a la persona del menor.

- Al juez corresponde:

- 1) Exigir fianza cuando lo crea conveniente
- 2) Determinar el tipo de fianza que resulte más adecuado, ya sea hipoteca, prenda o fianza, tomando en cuenta las disposiciones legales
- 3) Fijar aumentos o disminuciones en las garantías
- 4) Solicitar información sobre supervivencia e idoneidad de los fiadores
- 5) Exigir al tutor que asegure su gestión con otros bienes si los entregados en prenda han sufrido deterioro o menoscabo.

En el primer caso, el artículo 502 del Código Civil establece quiénes están exceptuados de dar garantía:

- a) Los tutores testamentarios, cuando expresamente hayan sido relevados de la obligación por el testador
- b) Los que no administren bienes
- c) El padre, la madre y los abuelos
- d) Aquellos que acojan a un expósito, lo alimenten y eduquen convenientemente por más de 10 años, a no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él (a. 520, c.c.).

Sin embargo, a este precepto de carácter general, le siguen otros que marcan las excepciones. El juez puede obligar al tutor testamentario para que garantice el ejercicio del cargo cuando, a su juicio, con posterioridad a la designación haya sobrevenido una causa ignorada por el testador y que haga necesaria la garantía. El juez, antes de resolver, debe oír la opinión del curador (a. 521, c.c.).

Cuando la tutela recaiga sobre los ascendientes, el juez, con audiencia del curador y del Consejo Local de Tutelas, puede excepcionalmente exigir la fianza si lo cree conveniente (a. 523, c.c.).

Cuando el tutor reúna la calidad de coheredero del menor y no tenga más bienes que los hereditarios, no se le podrá exigir otra garantía que la de su misma porción hereditaria, a no ser que esta porción no iguale la mitad de la porción del incapaz (a. 524, c.c.).

En caso de que el tutor tenga bienes, constituirá hipoteca o prenda; si no los tiene o si los tiene pero éstos no alcanzan a cubrir la cantidad que ha de asegurar, a juicio del juez y previa audiencia del curador y el Consejo Local de Tutelas, la garantía podrá consistir, parte en hipoteca o prenda, parte en fianza o solamente en fianza (a. 527, c.c.).

Mientras el tutor tenga bienes, es preferible que la garantía se otorgue con ellos, y sólo si éstos no fueran suficientes, ha de acudirse a la fianza que, aunque sea menos segura, permite a la persona elegida por sus cualidades, entrar en el ejercicio del cargo.

Si los bienes del menor aumentan o disminuyen durante la tutela, el juez puede decretar la modificación de la garantía a pedimento del tutor, curador, Ministerio Público o Consejo Local de Tutelas.

Ya sea por la promoción del consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público o de oficio, el juez puede solicitar información de supervivencia e idoneidad de los fiadores presentados por el tutor cuando éste rinda su cuenta anual (a. 533, c.c.).

Otorgada la garantía, la ley se preocupa por su subsistencia para evitar posibles perjuicios en los intereses del menor. A fin de vigilar esa subsistencia e idoneidad, la ley faculta al juez para exigir al tutor la mejora de la garantía con otros bienes (a. 534, c.c.).

En todos los casos, las resoluciones judiciales relacionadas con la garantía han de basarse en causas que la justifiquen. El juez mostrará los fundamentos que motivaron su decisión, que serán siempre razones objetivas, como pueden ser las vicisitudes experimentadas en el caudal del menor o en el del tutor con peligro de representar un riesgo para los intereses del tutelado. El propio desarrollo de la tutela, y concretamente la gestión llevada a cabo por el tutor, serán parámetros auxiliares del juez en la toma de decisiones.

## *2. Control en el desempeño de la tutela*

Con el discernimiento, el tutor entra en posesión del cargo e inicia su gestión. Desde ese momento, las funciones tutelares estarán bajo la salvaguarda constante de la autoridad judicial.

El Código Civil establece las facultades y deberes del juez en momentos y circunstancias concretamente ubicados como son: el registro de los discernimientos de los cargos; aprobación de inventarios; otorgamiento de licencias y permisos; autorización para que el tutor realice determinados actos; revisión y aprobación, en su caso, de las cuentas que presente el que desempeña el cargo y la potestad para decretar, si hubiese causas fundadas, la remoción.

### *A. Registro de los discernimientos*

Todos los discernimientos son registrados y con ellos se forman unas listas en cada uno de los juzgados de lo familiar, los cuales están bajo el cuidado y responsabilidad del juez y a disposición del

Consejo Local de Tutelas. Dentro de los ocho primeros días de cada año, en audiencia pública con citación del Consejo Local de Tutelas y del Ministerio Público, se procede a examinar dicho registro. A la vista del registro, el juez tiene facultades para dictar las siguientes medidas:

- Comprobado el fallecimiento de algún tutor, se procederá a un nuevo nombramiento con arreglo a la ley
- Si hubiere alguna cantidad de dinero depositada con un propósito determinado, el juez vigilará que el dinero se destine al fin previsto
- Exigirá la rendición de cuentas a los tutores cuando existan motivos para ello, o cuando, por cualquier motivo, no hayan cumplido con la prescripción expresa del artículo 590 del Código Civil
- Exigirá a los tutores el depósito en establecimiento público destinado al efecto, de los sobrantes de las rentas o productos del caudal de los menores, después de cubiertas las sumas señaladas con arreglo a los artículos 538, 539 y 554 del Código Civil, y de pagado el tanto por ciento de administración
- A su juicio, si lo creyere conveniente, decretará el depósito de las cantidades, cuando se presenten dificultades insuperables para el inmediato cumplimiento de los artículos 557 y 558 del Código Civil
- Pedirá, al efecto, las noticias que estime necesarias del estado en que se halle la gestión de la tutela, y adoptarán las medidas que juzguen convenientes para evitar los abusos y remediar los que pudieran haberse cometido (a. 910, c.p.c.).

### *B. La guarda de la persona del menor*

El tutor está obligado, en primer término, a alimentar y educar al menor; también representarlo en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros actos estrictamente personales. Sin embargo, para que el menor pueda contraer matrimonio o reconocer un hijo, se requiere del consentimiento del tutor (aa. 150 y 362, c.c.).

Los menores requieren de educación, pero, ¿qué clase o tipo de educación se le debe proporcionar? Si el que ejercía la patria po-

testad había tomado alguna decisión y la expresó en el testamento, el tutor no la variará, a menos que, por causas justificadas, consiga la aprobación judicial para realizar modificaciones. Corresponde al juez resolver sobre los cambios, oyendo al menor, al curador y al Consejo Local de Tutelas (a. 541, c.c.). Si el menor no había sido dedicado por el que ejercía la patria potestad a alguna carrera u oficio, el tutor lo destinará al que el menor elija (a. 540, c.c.). Si el tutor infringe esta disposición, el menor puede, por conducto del curador, del Consejo Local de Tutelas o por sí mismo, ponerlo en conocimiento del juez de lo familiar, para que éste dicte las medidas convenientes.

Si las rentas del menor no alcanzan a cubrir los gastos de su alimentación y educación, el juez decretará si procede su colocación en un sitio para que aprenda un oficio o si han de adoptarse otras medidas para evitar la enajenación de sus bienes y, cuando fuere posible, sujetará a las rentas de éstos, los gastos de alimentación (a. 542, c.c.).

Para el caso de que los menores fuesen indigentes o careciesen de suficientes medios para cubrir los gastos que demanden su alimentación y educación, el tutor exigirá judicialmente a los parientes obligados legalmente a proporcionar alimentos a los menores, la prestación. Las expensas que originen la tramitación judicial serán cubiertas por el mismo deudor alimentario. Cuando el mismo tutor esté obligado a dar alimentos por razón de su parentesco con el menor, el curador ejercitará la acción para demandar alimentos (a. 543, c.c.).

Si los menores indigentes carecen de parientes sujetos a la obligación alimentaria, o si teniéndolos éstos no pudieren cumplir con ella, el tutor, con autorización del juez de lo familiar, quien oirá el parecer de curador y del Consejo Local de Tutelas, pondrá al menor en un establecimiento de beneficencia pública o privada en donde pueda educarse. Si ni siquiera eso fuere posible, el tutor procurará que los particulares suministren trabajo al incapacitado, compatible con su edad y circunstancias personales, con la obligación de alimentarlo y educarlo. No por eso el tutor queda eximido de su cargo, pues continuará vigilando al menor, a fin de que no sufra daño por

lo excesivo del trabajo, por lo insuficiente de la alimentación o por lo defectuoso de la educación que se le imparta (a. 544, c.c.).

Los menores indigentes que no puedan ser alimentados y educados por los medios previstos en los dos casos anteriores, lo serán a costa de las rentas públicas del Distrito Federal. Pero si se llega a tener conocimiento de que existen parientes del incapacitado que estén legalmente obligados a proporcionarle alimentos, el Ministerio Público deducirá la acción correspondiente para que se reembolse al Gobierno de los gastos que hubiere hecho en cumplimiento de lo dispuesto legalmente (a. 545, c.c.).

El juez decretará el depósito de menores que se hallen sujetos a la patria potestad o la tutela, si fueren maltratados por los padres o tutores o cuando sean obligados por ellos a cometer actos reprobados por las leyes o que queden en abandono por la muerte o ausencia o incapacidad física de la persona a cuyo cargo estuviesen (a. 939, c.p.c.).

En los preceptos transcritos se observa claramente la intervención en forma indirecta del juez de lo familiar. Si el menor elige su carrera u oficio, o el que ejercía patria potestad decidió la carrera que el menor debe seguir, el tutor debe respetar esas expresiones de voluntad; en caso contrario, puede el menor, por conducto del curador del Consejo Local de Tutelas o por sí mismo, poner el hecho en conocimiento del juez de lo familiar a quien corresponde dictar las medidas convenientes.

Cuando el menor no elija carrera u oficio o no haya habido disposición testamentaria al respecto, compete al tutor formular una proposición sobre los futuros estudios del menor, y corresponde al juez decidir si acepta la proposición o considera la conveniencia de modificarla en vista de la propia opinión del menor, de las posibilidades económicas o por cualquier otra causa que amerite el cambio.

La cantidad que haya de invertirse, tanto en los alimentos como en la educación del menor, sin perjuicio de alterarla según haya aumentado o disminuido el patrimonio del menor, será fijada directamente por el juez con audiencia del tutor. Si el que nombró tutor testamentario fijó la cantidad, el juez, por causa justificada, podrá aumentarla (a. 539, c.c.).

### 3. Control sobre la administración de bienes

#### A. Formación de inventario

La tutela también tiene por objeto la guarda de los bienes del menor. Una de las primeras obligaciones que debe atender el tutor es la de formar un inventario solemne y circunstanciado del patrimonio del incapacitado (a. 537, c.c.). Gómez Laplaza<sup>142</sup> define el inventario como la relación donde se incluyen y describen los elementos de un patrimonio en un momento determinado, que sirve, además, para circunscribir el ámbito de las posibles responsabilidades del tutor por su conexión con la restitución. La exactitud del inventario interesa para la protección de los intereses del tutelado y además es una garantía del límite de la responsabilidad de tutor a la hora de la restitución.

El carácter judicial del inventario lo rodea de un carácter solemne. Para formarlo, el juez puede citar a las personas que estime conveniente, incluido, desde luego, el propio tutor. No existe limitación alguna para que el juez obtenga la mayor información y logre una mayor exactitud del inventario. También puede llamar a las personas que, por razón de parentesco o amistad con el pupilo, estén en condiciones de aportar informaciones complementarias. Para mayor precisión en el inventario, el juez tiene atribuciones para citar peritos valuadores. Cuando haya causas para ello, el artículo 263 del Código Civil permite al juez prorrogar el plazo para la presentación del inventario.

#### B. Administración

Debido a su minoría de edad, el menor carece de capacidad para administrar sus bienes y para realizar válidamente los actos jurídicos necesarios para conservar y acrecentar su patrimonio; por tanto,

<sup>142</sup> Gómez Laplaza, "Comentarios al artículo 265", *Comentarios a la Reforma...*, op. cit., p. 476.

tales actos deben ser realizados por su representante. Tiene esta calidad el que ejerce la patria potestad, ya sea cualquiera de los progenitores, o ambos, o los abuelos o el tutor, cuando el menor no esté sujeto a patria potestad sino a tutela.

Cuando se trate de tutela testamentaria, el tutor debe observar todas las reglas, limitaciones y condiciones para la administración de los bienes dispuesta por el testador. A esta generalidad se establecen dos limitantes: una, que la voluntad expresada por el testador sea contraria a las leyes; otra, que el juez, oyendo al tutor y al curador, la estime dañosa a los intereses del menor. En cualquiera de estos casos, las disposiciones podrán ser dispensadas o modificadas (a. 479, c.c.).

Si el padre o la madre del menor que hayan fallecido, ejercían algún comercio o industria, el juez, atendiendo al informe de dos peritos, decidirá la conveniencia de continuar o no el negocio de los padres, a no ser que éstos hubieren dispuesto algo sobre ese punto. Si fue éste el caso, se respetará la voluntad expresada, siempre y cuando no ofrezca inconvenientes graves a juicio del juez (a. 556, c.c.). Es decir, se otorga al juez la facultad de optar entre el acatamiento de la voluntad de los padres o mandar en contra de las disposiciones paternas si existen circunstancias tales que, de cumplirse, podrían causar un perjuicio al menor.

El juez, a moción del Consejo Local de Tutelas, de los parientes del menor o de éste, si ha cumplido 16 años, dictará las medidas para la conservación de sus bienes, independientemente de la garantía prestada por el tutor. Esta es una acción directa del juez, justificada por el interés que existe en proteger el patrimonio del menor.

En otros casos, la acción judicial es indirecta. Por ejemplo, corresponde al tutor, dentro del primer mes del inicio del cargo, fijar, con aprobación del juez, la cantidad que haya de invertirse en gastos de administración (a. 554, c.c.); la conducta del tutor está sujeta a la aprobación judicial.

### C. Licencias y autorizaciones

El tutor está facultado para realizar libremente los actos de administración ordinaria sobre el patrimonio del menor; en cambio, para los de administración extraordinaria, requiere de autorización judicial. De manera que cuando la actuación del tutor excede del ámbito de gestión normal o comprometa el patrimonio del menor o se proyecte sobre actos de mayor relevancia, tanto en el orden personal como en el patrimonial, es imprescindible la intervención judicial para que sean válidos y produzcan efectos.

Se precisa autorización judicial para llevar a cabo ciertos actos que por su índole puedan causar importantes repercusiones sobre la persona o patrimonio del menor. La polaridad de posibles resultados justifica la intervención judicial que tratará de evitar riesgos innecesarios al patrimonio del menor, valorando la conveniencia para el tutelado de autorizar el acto proyectado.

La autorización judicial debe ser previa y concreta, señala Amorós Guardiola,<sup>143</sup> puesto que si la justificación de la intervención judicial es evitar un perjuicio para el menor, la protección no se produciría una vez realizado el acto y la autorización carecería de sentido. La autorización judicial "no es un simple ni un mero complemento de la capacidad del tutor, sino el requisito legal que legitima al tutor para llevar a cabo algo que sin él mismo no podría realizar", expresa García Cantero.<sup>144</sup>

El mismo autor<sup>145</sup> ha manifestado: "La finalidad de la norma no es otra que la mejor protección de menores o incapacitados, por lo cual la autorización judicial ha de exigirse con carácter previo, debiendo considerarse una corruptela que se otorgue *a posteriori*".

<sup>143</sup> Amorós Guardiola, "Comentarios al artículo 271", *Comentarios a la Reforma...*, op. cit., p. 542.

<sup>144</sup> García Cantero, "El nuevo régimen jurídico de la tutela". Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 26 de enero de 1984, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1984, t. XXVI, p. 495.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 437.

El acto realizado no es eficaz mientras la autorización no se conceda. Amorós Guardiola<sup>146</sup> entiende que esta autorización no producirá efectos retroactivos ya que no es una condición de eficacia, sino un requisito legal constitutivo, por lo que, los efectos del acto así autorizado, sólo se producirán inter-parté y frente a terceros desde la fecha de autorización.

Además de previa, la autorización debe ser concreta, debe referirse a un acto en particular en cada caso. Una autorización general para enajenar o gravar bienes, o para renunciar derechos, no permitiría la valoración de las circunstancias que rodean cada acto. La intervención del juez como protector de los intereses del menor no sólo quedaría desvirtuada sino que, podría, incluso, ser contraria a sus intereses por esa falta de análisis concreto.

Las autorizaciones han de ser concretas, referidas al acto que el tutor pretenda llevar a cabo, porque si el juez emitiera autorizaciones en forma genérica, la realización de actos o contratos llevaría consigo una delegación de competencias hacia el tutor que iría en contra de la misma razón de ser de la intervención judicial, afirma Gómez Olivero.<sup>147</sup>

Debido a la trascendencia que la realización de ciertos actos puede generar sobre el patrimonio del menor, el juez, para otorgar la autorización, debe tener a su alcance el mayor número de elementos posibles. Corresponde al tutor demostrar los hechos y circunstancias que motivan su intención de ejecutar ciertos actos, la forma en que se llevarán a cabo, los sujetos que intervendrán en él y las posibles consecuencias y repercusiones económicas en el patrimonio del menor. El juez cuenta con facultades para recabar los informes que estime pertinentes, además de los que el Ministerio Público le proporcione.

El curador y el Consejo Local de Tutelas expresan sus puntos de vista y, en algunos casos, cuando lo amerite, los parientes del menor también podrán acudir ante el juez para ser oídos.

El juez puede sugerir modificaciones a las propuestas formuladas por el tutor, si con ellas se proyectan resultados más satisfactorios.

<sup>146</sup> Amorós Guardiola, *Comentario al artículo 271...*, op. cit., p. 437.

<sup>147</sup> Gómez Oliveros, "Comentarios a la Ley 13/1983 de 24 de octubre", *Revista civil de Derecho Inmobiliario*, núm. 565, noviembre-diciembre de 1984, 2a. parte, p. 1440.

A las facultades inquisidoras del juez para obtener datos, se suman las discrecionales para decidir, y aun proponer modificaciones a las propuestas del tutor. Ambas deben ser ejercidas en vista de un objetivo concreto, realizar un juicio de valor y autorizar sólo aquellos actos que, con un alto grado de probabilidades, proyecten un beneficio para el tutelado o le eviten un perjuicio.

El tutor sólo podrá enajenar o gravar los bienes inmuebles, los derechos anexos a ellos y los muebles preciosos por causa de absoluta necesidad o de evidente utilidad (a. 561, c.c.). Corresponde al juez, con vistas a las pruebas presentadas por el tutor, determinar si la enajenación o el gravamen resuelven una necesidad que no podía ser satisfecha de otra forma, o si con la operación se obtiene una utilidad de considerables alcances.

Una vez realizada la operación, el tutor debe acreditar que el producto de la misma se ha invertido conforme al objetivo previsto y que el resto del dinero se ha destinado a la adquisición de un inmueble o se ha impuesto en segura hipoteca a favor del menor (aa. 562 y 437, c.c.). El juez indicará al tutor el plazo para presentar los comprobantes de las operaciones realizadas. En estos documentos estarán los elementos para cerciorarse del buen manejo de los bienes.

El juez cuidará que el precio obtenido se aplique a lo indicado en la solicitud de autorización y que los sobrantes se aseguren (aa. 562 y 537, c.c.). Por analogía, este precepto puede extenderse a todos aquellos actos o contratos realizados por el tutor y en los cuales los beneficios obtenidos tengan el fin previsto en la solicitud presentada, práctica que redundará seguramente en beneficio del menor.

El tutor también necesita autorización, previa audiencia del Ministerio Público, para repudiar la herencia dejada a un menor que, en todo caso, es un acto de disposición patrimonial (a. 1654, c.c.).

#### D. *Fijar la retribución del tutor*

Las actividades de representación personal y patrimonial y de administración de bienes, así como la atención a la persona del

menor encomendadas al tutor, requieren de su dedicación, tiempo y esfuerzo; por tanto, legítimo es que le corresponda a cambio una retribución.

La retribución tiene carácter de contraprestación por las actividades desarrolladas, pero el tutor también tiene derecho a resarcimientos e indemnizaciones por daños y perjuicios que sufra en su patrimonio, sin que medie culpa de su parte.

El artículo 585 del Código Civil establece que el tutor tiene derecho a una retribución que se hará efectiva con los bienes del menor. Si el ascendiente o extraño dejara bienes al menor, podrá fijar en el testamento el monto de la retribución, y si se nombró tutor legítimo o dativo, el juez fijará la cantidad que corresponda. Cuando la determinación sea judicial, habrá de tomarse en cuenta, por una parte, la calidad del trabajo del tutor y el tiempo que empleará en las actividades y, por la otra, el valor y rentabilidad de los bienes del menor. Con base en esos parámetros, se fijará la retribución que no excederá del 10% de las rentas líquidas de dichos bienes (aa. 586 y 587, c.c.).

Especialmente, si los bienes del incapacitado tuvieran un aumento en sus productos, debido exclusivamente a la industria y diligencia del tutor, tendrá este derecho a un aumento en la remuneración hasta de un 20% de los productos líquidos. Compete al juez, con audiencia del curador, calificar el aumento (a. 587, c.c.).

El trabajo desempeñado debe medirse no sólo por el tiempo empleado, sino también por la calidad y la calificación que el tutor tenga para su desempeño. No existe prohibición para que el tutor contrate y pague los servicios de las personas que considere pertinentes en auxilio del desempeño de su función como administrador, sobre todo en estas épocas en que para el manejo de un patrimonio hay que ser un verdadero perito en finanzas. Considero que, en todo caso, el tutor debería tener, por lo menos, asesoría de personal especializado.

La rentabilidad líquida de los bienes constituye otro de los factores que determinan el monto de la retribución (aa. 586, 587 y 588, c.c.). Para que pueda hacerse el aumento extraordinario en la

retribución de los tutores señalada en el artículo 587, el juez exigirá la prueba de que, por lo menos en dos años consecutivos, el tutor ha obtenido la aprobación absoluta de las cuentas que presente (a. 588, c.c.) y un verdadero aumento en los productos debido a su trabajo y diligencia.

El derecho a la remuneración se perderá cuando el tutor contraiga matrimonio con la persona que ha estado bajo su guarda sin haber obtenido la dispensa prevista por la ley.

Además de la retribución, el tutor tiene derecho a ser indemnizado por los daños sufridos por causa de la tutela y durante su desempeño. Para decidir si procede la indemnización, el juzgador deberá evaluar la conducta del tutor, y sólo la reconocerá si no ha mediado culpa o negligencia durante el desempeño en el cargo y si los daños se ocasionaron por causas ajenas a él (a. 939, c.p.c.).

#### *4. Sustitución de tutor*

El juez, además de ejercer un control sobre las gestiones tutelares, sustituye al tutor en casos muy específicos establecidos por la ley que se refieren a la persona del menor.

El menor que desee contraer matrimonio, necesita el consentimiento de sus padres o abuelos, y faltando éstos, de su tutor; pero si también faltase éste, el juez de lo familiar de la residencia del menor lo suplirá (a. 150, c.c.). Si el juez se negara a suplir el consentimiento, los interesados ocurrirán al Tribunal Superior respectivo (a. 152, c.c.).

Para reconocer un hijo, el menor de edad requiere el consentimiento del que, o de los que ejerzan sobre él la patria potestad, o la persona bajo cuya tutela se encuentre; o a falta de éste, con autorización judicial (a. 362, c.c.).

Para realizar actos tan personales como la celebración de matrimonio o el reconocimiento de un hijo, el menor no puede actuar por medio de representante; actúa personalmente, pero requiere del consentimiento de quienes ejerzan patria potestad o tutela. Si éstos no lo autorizan, no debe impedirse al menor que los lleve a cabo.

En tales casos, puede acudir al juez y demostrarle su intención. El juzgador podrá requerir de información para determinar si no existe algún impedimento para la celebración del matrimonio o que con el reconocimiento de un hijo, no se le cause un perjuicio o se le pretenda engañar.

La decisión judicial sustituye el consentimiento que el tutor se negó a proporcionar y permite al menor llevar a cabo los actos mencionados.

### *5. Aprobación de las cuentas*

Nuestro Código Civil considera fundamental la buena administración de los bienes del tutelado. ‘La rendición de cuentas es una obligación esencial en toda tutela, su fundamento y necesidad vienen determinados por su propio objeto’, señala Lete del Río.<sup>148</sup> Es un medio para comprobar la buena realización de la gestión tutelar, y en caso contrario, necesaria para exigir las responsabilidades a que haya lugar.

La rendición de cuentas resulta la más eficaz medida para comprobar la debida gestión sobre el patrimonio que se administra y si el tutor ha cumplido con las disposiciones legales sin rebasar sus límites, puesto que las cuentas reflejan los actos de administración que se han desarrollado y los resultados obtenidos.

En la tutela testamentaria, el tutor está obligado a observar todas las reglas, limitaciones y condiciones estipuladas por el testador para la administración de la tutela, siempre que las disposiciones no sean contrarias a las leyes o al buen desempeño de la tutela. Si el juez, oyendo al tutor y al curador estima que aquéllas son dañosas a los menores, podrá dispensarlas o modificarlas.

En las tutelas legítima o dativa, el tutor deberá actuar como ‘buen padre de familia’, y cuando la ejecución de los actos que se propone comprometan significativamente el patrimonio del menor, debe obte-

<sup>148</sup> Lete del Río. *Comentarios..., op. cit.*, p. 414.

ner previamente las autorizaciones judiciales, como ya ha sido comentado.

Aun a pesar de la autorización judicial, podría ocurrir que el tutor ejecutara conductas que voluntaria o involuntariamente produjeran daños o perjuicios en el patrimonio del menor. El juez controla las actuaciones tutelares, supervisando los actos ejecutados por el tutor a través de la revisión de las cuentas que éste presente.

El tutor está obligado a rendir ante el juez una cuenta detallada de su administración durante el mes de enero de cada año y una cuenta general al término del cargo, también rendirá las cuentas extraordinarias cuando sean exigidas por el curador, el Consejo Local de Tutelas o el mismo menor si ha cumplido dieciséis años.

#### *A. Cuentas anuales*

El tutor está obligado a rendir cada año una cuenta detallada de su administración (a. 590, c.c.). Al ser la tutela un cargo de larga duración, los rendimientos anuales permiten una vigilancia sobre su actuación y facilitan al propio tutor el deber de rendir la cuenta general al finalizar la tutela.

#### *B. Cuenta general*

El tutor reemplazado por otro, cualquiera que sea la causa, o cuando ha terminado su cargo por finalizar la tutela, y también sus herederos, están obligados a rendir una cuenta general de la tutela al sustituto. Si éste último no la pidiese y tomase las cuentas de su antecesor (a. 601, c.c.), responderá frente al menor por los daños y perjuicios ocasionados.

El tutor, o en su falta quien lo represente, rendirá la cuenta general de la tutela en el término de tres meses, contados desde el día en que fenezca la tutela o deje el cargo. El juez podrá prorrogar este plazo hasta por tres meses más, si circunstancias extraordinarias así lo exigieren (a. 602, c.c.).

### C. Cuentas extraordinarias

El juez podrá exigir al tutor informes sobre la situación del menor y la administración de sus bienes, al tenor de lo dispuesto en el artículo 591 del Código Civil, en todo momento, cuando por causas graves la solicite el curador, el Consejo Local de Tutelas o el mismo menor que haya cumplido diecisésis años.

El artículo 912 del Código de Procedimientos Civiles señala la intervención judicial en relación a las cuentas de la tutela conforme a las disposiciones contenidas en el artículo 519 y siguientes, del Código de Procedimientos Civiles, con estas peculiaridades: 1. No se requiere prevención judicial para cumplir con la obligación de rendir cuentas en enero de cada año, conforme lo dispone el artículo 590 del Código Civil; 2. Se requiere prevención judicial para exigir su presentación antes de llegar a ese término; 3. Se deben rendir ante el juez, el curador, el Consejo Local de Tutelas, el mismo menor si ha cumplido diecisésis años, el nuevo tutor que sustituya al anterior, el tutelado que llegó a la mayoría y las demás personas que fija el Código Civil; 4. La sentencia que desapruebe las cuentas indicará, si fuese posible, los alcances, consecuencias y responsabilidades. El auto de aprobación puede ser apelado por el Ministerio Público, los demás interesados y el curador, si hizo observaciones. El auto de desaprobación puede ser apelado por el tutor, el curador y el Ministerio Público; 5. Si se objetaren de falsas algunas partidas, se substanciará el incidente por cuenta separada, entendiéndose la audiencia sólo con los objetantes, el Ministerio Público y el tutor.

A la rendición de cuentas asiste el curador, el Consejo Local de Tutelas y el menor, pero la aprobación corresponde exclusivamente al juez. La decisión judicial es apelable por el tutor, el curador o el Ministerio Público cuando alguno de ellos encuentra fundamentos para la interposición del recurso.

Si el juez considera correctas las cuentas presentadas, éstas serán aprobadas; de no ser así, la autoridad judicial dictará las medidas que estime necesarias. Entre éstas, podrá exigir una mayor información sobre los actos realizados, sus circunstancias y efectos; un

aumento en las garantías otorgadas o inclusive, promover, si la gravedad del caso lo amerita, la remoción del tutor.

La cuenta general y la entrega de bienes se efectúa a expensas del incapacitado. A falta de cantidades disponibles, el juez puede autorizar al tutor para que se proporcionen las necesarias para la primera, y éste adelantará los relativos a la segunda, los cuales le serán reembolsables con los primeros fondos de que se pueda disponer (a. 610, c.c.).

A través de la rendición de cuentas, el juez tendrá conocimiento de los posibles daños o perjuicios ocasionados al tutor por el desempeño del cargo. Si éstos existen, el juez señalará cuándo y en qué medida el tutor tiene derecho a ser indemnizado. Un dato apreciable por el juzgador será la evaluación de responsabilidad del tutor y el grado de culpa o negligencia en el desempeño del cargo (a. 599, c.c.).

### *6. Solicitud de remoción del tutor y curador*

La remoción es la medida a través de la cual el juez separa a un tutor o a un curador de su cargo. Sin la posibilidad de aplicar tal sanción, podrían resultar ineficaces las demás que hubieren sido impuestas por él mismo.

Originan la remoción las causas legales de inhabilidad, el mal desempeño de la tutela o de las gestiones de curación, ya sea que consista en maltrato o negligencia en los cuidados debidos al menor, o en mala administración de sus bienes (a. 584, c.c.).

El juez de oficio o a solicitud del curador, de los parientes del menor o del Consejo Local de Tutelas o de persona interesada y previo su estudio, decretará la remoción del tutor o del curador, si así procede.

Hualde Sánchez<sup>149</sup> opina que la remoción debe ser entendida como medida de protección de los intereses del sujeto a la tutela con independencia de la culpa del tutor. La medida procede sim-

<sup>149</sup> Hualde Sánchez, "Comentarios al artículo 247", *Comentarios a la Reforma...*, *op. cit.*, p. 392.

plemente por ineptitud demostrada durante el desempeño del cargo, negligencia en los cuidados del menor o mala administración de los bienes por ignorancia o descuido.

En la valoración, el juez puede prescindir del elemento culpa o dolo, siendo suficiente la mera constatación de ineptitud en el desempeño del cargo.<sup>150</sup>

La remoción tendrá distinta naturaleza, según el caso concreto al que se aplique. Puede ser considerada una sanción por el mal desempeño del cargo o ser la consecuencia de la aparición de una causa de inhabilidad o simplemente una medida protectora o de control; pero en todo caso, debe ser decretada cuando se produzcan las causas previstas por la ley. El juez es responsable del buen funcionamiento de la tutela; ello justifica las facultades que le son otorgadas para apreciar el correcto ejercicio de las gestiones tutelares, y para apartar, si juzga necesario, al tutor de su cargo.

La remoción no puede ser declarada en forma inmediata, pues tal acto propiciaría un estado de indefensión en el tutor, contrario a los principios constitucionales. Para decretar una remoción, el juez instaurará un procedimiento durante el cual el tutor tendrá oportunidad de defenderse (a. 463, c.c.).

Mientras se tramita la remoción, el juez procede al nombramiento de un tutor interino en los términos del artículo 480 del Código Civil. Declarada judicialmente la remoción, se procede al nombramiento de un nuevo tutor.

<sup>150</sup> O'Callaghan expresa que la remoción es la gran arma que tiene el juez para el control de la actitud del tutor cuando no la encuentre correcta.